

Aktenzeichen: 4 AZR 312/79

LAG Rheinland-Pfalz Urteil des BAG vom 9. Dezember 1981

Für das Nachschlagewerk: Ja

Für die Fachpresse: Ja

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Gesetz: BAT § 4; BGB § 242 Betriebliche Übung, unzulässige Rechtsausübung

- Leitsätze:
- 1) Die Gewährung eines Essenszuschusses ist eine Nebenabrede i.S. von § 4 Abs. 2 BAT und bedarf der Schriftform.
 - 2) Die Veröffentlichung von Richtlinien über die Gewährung eines Essenszuschusses ersetzt die tariflich vorgeschriebene Schriftform nicht.
 - 3) Auch bei vertraglicher Vereinbarung über die Geltung tariflicher Bestimmungen wird in der Regel das Schriftformerfordernis nicht abbedungen, da im öffentlichen Dienst ein solcher Arbeitsvertrag nur widerspiegeln soll, was kraft Tarifbindung gilt.
 - 4) Die Berufung auf fehlende Schriftform kann gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßen und eine unzulässige Rechtsausübung darstellen.



4 AZR 312/79

7 Sa 553/77 Rheinland-Pfalz

Verkündet am
9. Dezember 1981

Im Namen des Volkes!

Haust,
Regierungsobersekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 9. Dezember 1981 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Neumann, die Richter Dr. Feller und Dr. Etzel sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Bermel und Hauk für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz vom 18. Dezember 1978 - 7 Sa 553/77 - wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

V o n R e c h t s w e g e n !



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger ist seit 20. August 1970 bei dem beklagten Land als Verwaltungsangestellter beschäftigt. In dem schriftlichen Arbeitsvertrag vom gleichen Tage heißt es u.a.:

§ 2

Das Arbeitsverhältnis bestimmt sich nach dem Bundes-Angestelltentarifvertrag (BAT) vom 23. Februar 1961 und den diesen ergänzenden oder ändernden Tarifverträgen.

...

§ 5

Nebenabreden wurden nicht getroffen.

Das beklagte Land gewährte seit 1963 seinen Bediensteten einen Essenszuschuß in wechselnder Höhe nach Maßgabe eines Ministerialerlasses ("Richtlinien über die Gewährung von Essenszuschüssen an Landesbedienstete vom 18. Dezember 1962", veröffentlicht im Ministerialblatt 1963, Spalte 57 f.). Auch der Kläger erhielt nach diesen Richtlinien einen Essenszuschuß. Mit Wirkung vom 1. Januar 1976 stellte das Land aus Haushaltsgründen die Zahlung des Essenszuschusses an seine Bediensteten ein. Ab 1. August 1978 gewährt das Land wieder einen Essenszuschuß.

Der Kläger verlangt von dem Land die Zahlung des Essenszuschusses auch für die Zeit vom 1. Januar 1976 bis 31. Juli 1978.

Er hat vorgetragen, auf den Essenszuschuß habe er einen vertraglichen Anspruch, den das Land nicht einseitig habe beseitigen können. Das Schriftformerfordernis des § 4 Abs. 2 BAT stehe der Annahme eines vertraglichen Anspruchs nicht entgegen. Die Anwendung dieser Vorschrift sei zwischen den Parteien nicht vereinbart. Jedenfalls hätten die Parteien das Schriftformerfordernis dadurch abbedungen, daß sie sich formlos auf die Gewährung des Essenszuschusses geeinigt hätten.

- 3 -



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 3 -

ten. Im Übrigen seien die Richtlinien, nach denen das Land den Essenszuschuß gewährt habe, schriftlich niedergelegt und im Ministerialblatt veröffentlicht worden. Schließlich stelle die Berufung des Landes auf die fehlende Schriftform der Vereinbarung über die Gewährung von Essenszuschüssen eine unzulässige Rechtsausübung dar.

Der Kläger hat demgemäß beantragt,

1. das beklagte Land zu verurteilen, an den Kläger DM 191,-- nebst 4 % Zinsen seit Rechtshängigkeit (29. November 1976) zu zahlen,
2. festzustellen, daß das beklagte Land verpflichtet ist, an den Kläger auch für die Zeit seit dem 16. November 1976 einen arbeitstäglichen Zuschuß zur Gemeinschaftsverpflegung in Höhe von DM 1,-- zu zahlen.

Das beklagte Land hat beantragt, die Klage abzuweisen. Es hat vorgetragen, Hauptadressaten der "Richtlinien über die Gewährung von Essenszuschüssen" seien die Beamten gewesen, für die aufgrund betrieblicher Übung keine Ansprüche begründet werden könnten. Weitergehende Rechte habe der Er- laß auch den Angestellten nicht gewähren wollen. Wegen feh- lender Schriftform einer entsprechenden Vereinbarung sei ein Anspruch des Klägers auf Essenszuschuß nicht begründet worden. Eine vertragliche Bindung habe das Land nie einge- hen wollen, sondern habe die Essenszuschüsse als freiwill- lige soziale Leistung angesehen.

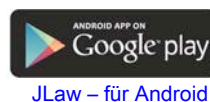
Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben und den Streitwert auf DM 2.391,-- festgesetzt. In der Berufungs- instanz hat der Kläger beantragt,

1. festzustellen, daß die Hauptsache in- soweit erledigt ist, als mit ihr die Feststellung der Verpflichtung zur Zah- lung von Essensgeldzuschüssen ab 1. Au- gust 1978 begehrt wird,

- 4 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

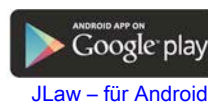
2. das beklagte Land zu verurteilen, an den Kläger DM 541,-- zu zahlen nebst 4 % Zinsen aus DM 191,-- seit 29. November 1976 und aus weiteren DM 350,-- seit 18. Dezember 1978.

Das Landesarbeitsgericht hat unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils die Klage abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen in der Berufungsinstanz gestellten Antrag weiter. Das beklagte Land beantragt Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage mit Recht abgewiesen. Dem Kläger steht für die Zeit vom 1. Januar 1976 bis 31. Juli 1978 kein Anspruch auf Essenszuschuß zu. Auch hinsichtlich des Antrags auf Feststellung der Erledigung der Hauptsache für die Zeit ab 1. August 1978 war die Klage abzuweisen. Insoweit hatte der Kläger bei Klageerhebung ebenfalls keinen Anspruch auf Essenszuschuß. Eine von Anfang an unbegründete Klage kann sich aber nicht durch ein nach Rechtshängigkeit eingetretenes Ereignis erledigen (vgl. BAG AP Nr. 13 zu § 91 a ZPO), wie es hier die Wiedergewährung des Essenszuschusses ab 1. August 1978 darstellt.

Der Kläger kann seinen Anspruch auf Essenszuschuß weder auf eine gesetzliche oder tarifliche Vorschrift noch auf eine von der zuständigen Personalvertretung abgeschlossene Dienstvereinbarung stützen. Das behauptet er auch selbst nicht. Die durch Ministerialerlaß festgelegten "Richtlinien über die Gewährung von Essenszuschüssen an Landesbedienstete vom 18. Dezember 1962" enthalten zwar die Voraussetzungen, nach denen das Land dem Kläger vom 20. August 1970 bis 31. Dezember 1975 einen Essenszuschuß gewährte. Der Ministerialerlaß konnte aber keinen Anspruch des Klägers auf Es-



- 5 -

essenzuschuß begründen. Erlasse sind nämlich nicht Bestandteil der Privatrechtsordnung, sondern gehören dem öffentlichen Recht an, in dessen Bereich sie sich rechtlich als Weisungen vorgesetzter gegenüber nachgeordneten Behörden oder Dienststellen darstellen. Als Bestandteile des verwaltungs-internen öffentlichen Rechts können sie nur dann privatrechtliche und arbeitsrechtliche Bedeutung erlangen, wenn ihre Geltung wirksam vom Arbeitnehmer und Arbeitgeber konkret vereinbart worden ist (vgl. das Urteil des Senats vom 30. Januar 1980 - 4 AZR 1098/77 -, AP Nr. 6 zu §§ 22, 23 BAT Lehrer, auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt, mit weiteren Nachweisen). Somit kommt als Grundlage für den Anspruch des Klägers auf Essenzuschuß allein noch eine einzelvertragliche Vereinbarung zwischen den Parteien in Betracht. Eine solche Vereinbarung ist aber nicht wirksam zustande gekommen.

Der schriftliche Arbeitsvertrag der Parteien enthält keine Vorschrift, nach der sich das Land zur Zahlung eines Essenzuschusses verpflichtete. Es heißt dort sogar noch: "Nebenabreden wurden nicht getroffen". Eine sonstige schriftliche Vereinbarung der Parteien über die Gewährung eines Essenzuschusses hat der Kläger nicht behauptet.

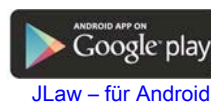
Auch eine individuelle mündliche Vereinbarung über die Gewährung eines Essenzuschusses ist nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts zwischen den Parteien nicht getroffen worden. Das Landesarbeitsgericht führt hierzu aus, der Kläger habe eine solche mündliche Vereinbarung nicht einmal behauptet. An diese tatsächlichen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts ist der Senat gebunden, da sie von der Revision mit Verfahrensrügen nicht angegriffen worden sind (§ 561 Abs. 1 ZPO).

Dem Kläger ist allerdings einzuräumen, daß nach den festgestellten Tatsachen von einer stillschweigenden Ver-

- 6 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 6 -

einbarung der Parteien über die Zahlung eines Essenszuschusses auszugehen ist. Das beklagte Land gewährte seinen Bediensteten seit 1963 einen Essenszuschuß nach den Richtlinien vom 18. Dezember 1962. Diese gleichmäßige Behandlung aller Bediensteten durch das Land kennzeichnet diese Verfahrensweise als betriebliche Übung, die allerdings nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nur dann rechtliche Bedeutung für das Arbeitsverhältnis erlangt, wenn sie Inhalt des Arbeitsvertrages wird. Dabei muß der Arbeitgeber zumindest ein Verhalten an den Tag legen, das sein Einverständnis mit der Entstehung entsprechender Rechte erkennen oder nach dem Grundsatz von Treu und Glauben wenigstens darauf schließen läßt (vgl. Urteil des Senats vom 28. Januar 1981 - 4 AZR 869/78 -, [demnächst] AP Nr. 3 zu § 19 TV Arb Bundespost, auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt). In der Gewährung des Essenszuschusses nach den Richtlinien vom 18. Dezember 1962, deren Kenntnis der Kläger nicht abstreitet, liegt hier das schlüssige Angebot des Landes, den Kläger nach diesen Richtlinien und damit entsprechend der betrieblichen Übung zu behandeln. Dieses Angebot hat der Kläger durch widerspruchslose Entgegennahme des Essenszuschusses stillschweigend angenommen. Anders läßt sich das Verhalten der Parteien, wie es der Vertragspartner nach dem Grundsatz von Treu und Glauben verstehen mußte (§§ 133, 157 BGB), nicht auslegen (vgl. BAG AP Nr. 8 zu § 242 BGB Betriebliche Übung). Dabei kann in diesem Zusammenhang offenbleiben, ob die betriebliche Übung, die Vertragsinhalt wurde, auch zum Inhalt hatte, daß das Land jederzeit seine Richtlinien ändern und gegebenenfalls den Essenszuschuß streichen konnte. Jedenfalls ist die kraft betrieblicher Übung zustande gekommene stillschweigende Vereinbarung schon deshalb unwirksam, weil die nach § 4 Abs. 2 BAT vorgeschriebene Schriftform nicht eingehalten ist.

Nach § 4 Abs. 2 BAT sind Nebenabreden nur wirksam, wenn sie schriftlich vereinbart werden. Zu solchen Nebenabreden gehört auch die Vereinbarung eines Essenszuschusses. Neben-

- 7 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

- 7 -

abreden im Sinne des BAT sind Vereinbarungen der Parteien des Arbeitsvertrages, die weder die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers noch die Gegenleistung des Arbeitgebers unmittelbar betreffen. Der Essenszuschuß stellt sich nicht als Gegenleistung für die Arbeitsleistung des Klägers dar, sondern soll nur Aufwendungen für die Kosten einer Mittagsmahlzeit aufgrund bestimmter persönlicher Umstände ausgleichen (BAG AP Nr. 1 zu § 4 BAT). Davon geht auch die Revision aus.

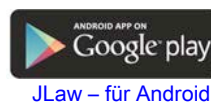
Die Anwendung des § 4 Abs. 2 BAT auf das Arbeitsverhältnis haben die Parteien hier einzelvertraglich vereinbart. Das folgt aus § 2 des Arbeitsvertrages der Parteien, nach dem sich das Arbeitsverhältnis nach dem BAT vom 23. Februar 1961 und den diesen ergänzenden oder ändernden Tarifverträgen bestimmt. Bei dieser vertraglichen Regelung handelt es sich um ein von dem beklagten Land allgemein verwendetes Vertragsmuster. Damit unterliegt die Vereinbarung als typische Vertragsregelung nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts der unbeschränkten und selbständigen Auslegung durch das Revisionsgericht (BAG AP Nr. 2 zu § 111 BBiG; BAG AP Nr. 4 zu § 549 ZPO). Wenn die Parteien im Arbeitsvertrag vom 20. August 1970 die Anwendung des BAT auf das Arbeitsverhältnis vereinbart haben, so ist dies mangels anderweitiger Anhaltspunkte so zu verstehen, daß die Vereinbarungen nur widerspiegeln sollen, was auch tarifrechtlich gilt (vgl. BAG AP Nr. 101 zu §§ 22, 23 BAT). Tarifrechtlich galt im Jahre 1970 aufgrund der Kündigung des BAT zum 31. Dezember 1969 der BAT im Nachwirkungszustand des § 4 Abs. 5 TVG. Auch die tarifliche Formvorschrift des § 4 Abs. 2 BAT wirkte nach (BAG 29, 182 = AP Nr. 4 zu § 4 BAT). Somit war für das Arbeitsverhältnis der Parteien auch § 4 Abs. 2 BAT einzelvertraglich vereinbart.

Die Vorschrift des § 4 Abs. 2 BAT erfaßt auch Nebenabreden, die auf eine betriebliche Übung gestützt werden. Denn Sinn und Zweck dieser Tarifnorm ist es, daß Nebenabreden nur im Wege der Schriftform und nicht anderweitig wirksam

- 8 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



- 8 -

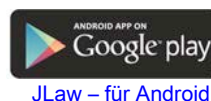
begründet werden sollen (vgl. Urteil des Senats vom 28. Januar 1981 - 4 AZR 869/78 -, [demnächst] AP Nr. 3 zu § 19 TV Arb Bundespost, auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt). Der Senat verkennt nicht, daß damit im öffentlichen Dienst wirksame Nebenabreden kraft betrieblicher Übung verhindert werden. Daraus lassen sich aber keine Bedenken gegen die Wirksamkeit einer solchen tariflichen Regelung herleiten. Denn sie verstößt gegen keine zwingende gesetzliche Vorschrift. Insbesondere führt das tarifliche Schriftformerfordernis im Bereich der Nebenabreden nicht zur Ausschaltung des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB), der das gesamte Privatrecht beherrscht und als zwingende gesetzliche Norm auch von den Tarifvertragsparteien nicht außer kraft gesetzt werden kann (vgl. BAG AP Nrn. 6 und 7 zu § 70 BAT). Bei der Frage, ob aus einer tatsächlichen betrieblichen Übung auf eine stillschweigende Vereinbarung der Parteien des Arbeitsvertrages geschlossen werden kann, ist zwar der Erklärungswert des Verhaltens des Arbeitgebers nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§§ 133, 157 BGB) zu beurteilen (vgl. BAG AP Nr. 8 zu § 242 BGB Betriebliche Übung), der insoweit bei Nebenabreden nicht mehr zu einer Verpflichtung des Arbeitgebers führen kann. Damit ist aber der Grundsatz von Treu und Glauben nicht aus dem Bereich der Nebenabreden im öffentlichen Dienst verdrängt. Denn wenn im Einzelfall die Berufung einer Vertragspartei auf die fehlende Schriftform der Nebenabrede gegen Treu und Glauben verstößt, kann der Vertragsgegner auch aus einer mündlichen und damit aus einer kraft betrieblicher Übung stillschweigend zustande gekommenen Nebenabrede Rechte herleiten (vgl. BAG AP Nr. 5 zu § 4 BAT; Wiedemann-Stumpf, Tarifvertragsgesetz, 5. Aufl. 1977, § 4 Rz. 404 ff. mit weiteren Nachweisen). Im übrigen weist das Landesarbeitsgericht zutreffend darauf hin, daß im öffentlichen Dienst die Rechte und Pflichten der Arbeitsvertragsparteien weitgehend gesetzlich und tariflich normiert sind. Deshalb besteht in diesem Bereich für die Anwendung der Grundsätze der betrieblichen

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 9 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

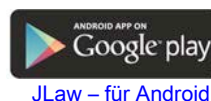
Übung nicht das dringende Bedürfnis, das die Rechtsprechung zur Entwicklung dieses Rechtsinstituts gezwungen hat.

Die Vorschrift des § 4 Abs. 2 BAT ist von den Parteien auch nicht abbedungen worden. Der BAT gilt zwischen den Parteien nur kraft einzelvertraglicher Vereinbarung, da der Kläger nicht Mitglied einer Gewerkschaft ist, die den BAT abgeschlossen hat. Darüber hinaus galt im Zeitpunkt des Abschlusses des Arbeitsvertrages (20. August 1970) der BAT auch zwischen tarifgebundenen Parteien nicht mehr mit zwingender Wirkung, da er zum 31. Dezember 1969 gekündigt war; deshalb konnten auch tarifgebundene Parteien die für sie weitergeltenden Normen des BAT durch eine andere Abmachung ersetzen (§ 4 Abs. 5 TVG). Aus diesen Gründen waren die Parteien auch rechtlich in der Lage, die Vorschrift des § 4 Abs. 2 BAT abzubedingen. Dazu bedarf es aber einer entsprechenden Vereinbarung (Wiedemann, Anm. zu AP Nr. 4 zu § 4 BAT), die im übrigen formfrei und stillschweigend erfolgen kann (vgl. BGHZ 66, 378). Eine solche Vereinbarung haben die Parteien nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht getroffen. In der auf der betrieblichen Übung beruhenden stillschweigenden Vereinbarung der Parteien, dem Kläger Essenszuschüsse nach den Richtlinien vom 18. Dezember 1962 zu gewähren, kann allein noch keine Aufhebung des Schriftformerfordernisses des § 4 Abs. 2 BAT gesehen werden. Vielmehr ist hierzu erforderlich, daß die Parteien übereinstimmend die Maßgeblichkeit des mündlich Vereinbarten gewollt haben (vgl. Palandt-Heinrichs, Bürgerliches Gesetzbuch, 40. Aufl. 1981, § 125 Anm. 2 a mit weiteren Nachweisen). Es ist Sache der Tatsacheninstanz, einen solchen Parteiwillen festzustellen (BAG vom 6. August 1981 - 2 AZR 351/79 -, unveröffentlicht). Das Landesarbeitsgericht hat hier einen entsprechenden Willen des Landes ausdrücklich verneint. Diese Auslegung einer individuellen atypischen Willenserklärung ist in der Revisionsinstanz nur daraufhin nachprüfbar, ob sie gegen die allgemeinen Auslegungsgrundsätze der §§ 133, 157 BGB, gegen die Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungs-



sätze verstößt und nicht wegen Außerachtlassung wesentlicher Umstände offensichtlich fehlerhaft ist (vgl. BAG vom 18. Juni 1980 - 4 AZR 463/78 -, AP Nr. 68 zu § 4 TVG Ausschlußfristen und BAG vom 13. November 1974 - 4 AZR 106/74 -, AP Nr. 4 zu § 1 TVG Tarifverträge: Metallindustrie, mit weiteren Nachweisen). Solche Rechtsfehler sind hier nicht ersichtlich. Das Landesarbeitsgericht führt aus, das Land habe dem Kläger - für ihn erkennbar - keine Sonderstellung gegenüber den Kollegen einräumen wollen, die während der unmittelbaren und zwingenden Geltung des § 4 Abs. 2 BAT eingestellt worden seien. Aus der uneingeschränkten Verweisung auf den BAT im Arbeitsvertrag sei auch für den Kläger deutlich geworden, daß das Land die Möglichkeit, Bestimmungen des BAT nur eingeschränkt oder abgeändert für das Arbeitsverhältnis zu übernehmen, nicht nutzen wollte. Damit bringt das Landesarbeitsgericht zum Ausdruck, daß das Land keine Verpflichtung übernehmen wollte, die es außerhalb der Vorschriften des BAT stellte. Mit dieser Begründung konnte das Landesarbeitsgericht eine Abbedingung des § 4 Abs. 2 BAT durch die Parteien verneinen.

Entgegen der Auffassung der Revision ist die Schriftform des § 4 Abs. 2 BAT vorliegend nicht dadurch gewahrt, daß die Richtlinien, nach denen das Land den Essenszuschuß gewährte, schriftlich niedergelegt und veröffentlicht waren. Eine tarifvertraglich vorgeschriebene Schriftform ist eine durch Gesetz vorgeschriebene schriftliche Form im Sinne von Art. 2 EGBGB (vgl. BAG AP Nrn. 1, 2 und 5 zu § 4 BAT mit weiteren Nachweisen). Die Schriftform des § 4 Abs. 2 BAT erfordert sonach die Einhaltung der Vorschriften des § 126 BGB (BAG AP Nr. 1 zu § 4 BAT). Danach ist bei einem Verträge die Schriftform nur gewahrt, wenn die Parteien den Vertrag auf derselben Urkunde unterzeichnen oder bei mehreren gleichlautenden Urkunden jede Partei die für die andere Partei bestimmte Urkunde unterzeichnet (§ 126 Abs. 2 BGB). Das gilt auch, wenn die Geltung des Tarifvertrages nur arbeitsvertraglich vereinbart ist, da auch insoweit der Arbeitsvertrag nur widerspiegeln soll, was sonst kraft Tarif-



bindung Gültigkeit hat. Andernfalls würden auch nicht tarifgebundene Arbeitnehmer gegenüber Gewerkschaftsangehörigen begünstigt, was durch die vertragliche Übernahme der Tarifbestimmungen nicht gewollt ist. An dieser Schriftform fehlt es hier.

Rechtsfehlerfrei hat das Landesarbeitsgericht verneint, daß die Berufung des Landes auf die fehlende Schriftform der stillschweigenden Vereinbarung über die Gewährung des Essenzzuschusses gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstößt und eine unzulässige Rechtsausübung darstellt. Der Begriff von Treu und Glauben (unzulässige Rechtsausübung) ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der in der Revisionsinstanz nur daraufhin überprüft werden kann, ob der Rechtsbegriff selbst verkannt ist, ob die Unterordnung des Sachverhalts unter den Rechtsbegriff Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt und ob die Beurteilung wegen Außerachtlassung wesentlicher Umstände offensichtlich fehlerhaft ist (BAG 32, 203 = AP Nr. 1 zu § 72 a ArbGG 1979 Grundsatz, mit weiteren Nachweisen). Solche Rechtsfehler sind hier nicht ersichtlich. Die Berufung des Landes auf die fehlende Schriftform wäre vorliegend nur dann treuwidrig, wenn das Land den Eindruck erweckt hätte, es halte sich zur Zahlung des Essenzzuschusses ohne Rücksicht auf eine schriftliche Vereinbarung für verpflichtet. Davon geht auch das Landesarbeitsgericht zutreffend aus. Es verneint dann, daß vorliegend aus der bloßen Zahlung des Essenzzuschusses auf einen Bindungswillen des Landes für alle Zeit geschlossen werden könne, führt aus, daß das Land darüber hinaus nichts getan habe, was den Schluß auf einen Bindungswillen für alle Zeiten nahegelegt hätte, und stellt im übrigen fest, das Land habe unbestritten eine Verpflichtung zur Zahlung des Essenzzuschusses nie eingehen wollen, sondern den Essenzschuß immer als freiwillige soziale Leistung betrachtet. Mit dieser Begründung konnte das Landesarbeitsgericht rechtsfehlerfrei einen Verstoß des Landes gegen Treu und Glauben verneinen. Dies entspricht auch der Rechtsprechung des Senats, der bei einem fehlenden Verpflichtungswillen der Par-



tei, die sich auf eine fehlende Schriftform beruft, den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung gegenüber der Geltendmachung der fehlenden Schriftform ausdrücklich zurückgewiesen hat (BAG AP Nr. 5 zu § 4 BAT).

Wenn der Kläger demgegenüber in der Revisionsbegründung und in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat geltend macht, das Land habe in großer Zahl Arbeitnehmer u.a. mit dem Argument angeworben, daß diesen Arbeitnehmern im Rahmen der Richtlinien Essenszuschüsse gewährt würden, muß dieser Sachvortrag gemäß § 561 Abs. 1 ZPO unberücksichtigt bleiben, weil er erstmals in der Revisionsinstanz vorgebracht wurde. Deshalb konnte ihn das Landesarbeitsgericht auch nicht in seine rechtliche Würdigung einbeziehen.

Der Kläger hat gemäß § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten seiner erfolglosen Revision zu tragen.

Dr. Neumann

Dr. Feller

Dr. Etzel

Dr. Bermel

Hauk

